

Ángel Gabriel Nardiello

# **Derecho penal.**

## **Parte general**

---

La conducta humana jurídicamente relevante. La teoría de la acción.

Tipos objetivo y subjetivo: imputación. La antijuridicidad y la presencia de la norma permisiva. Atribuibilidad o responsabilidad por el hecho. Culpabilidad o imputación subjetiva por el hecho.

Las etapas del injusto. Tentativa y adelanto de la punibilidad.

Teoría de la autoría y participación en el injusto culpable.

Teoría concursal. La denominada unidad y pluralidad de delitos.

Teoría de la validez témporo espacial de la ley penal

■ Planteo y resolución de casos

colaboradores

Milagros Mazzei - Juan Manuel Varela

Andrea Hembra - Mariano Resico



**hammurabi**

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR



© Copyright by

**editorial hammurabi s.r.l.**

Talcahuano 481 - 4° piso

C1013AAI - Buenos Aires - Argentina

Tel.: (54-11) 4382-3586 — líneas rotativas —

E-mail: [info@hammurabi.com.ar](mailto:info@hammurabi.com.ar) - [www.hammurabi.com.ar](http://www.hammurabi.com.ar)

- [twitter.com/hammurabi\\_srl](https://twitter.com/hammurabi_srl)
- [facebook.com/libreriahammurabi](https://facebook.com/libreriahammurabi)
- [youtube.com/libreriahammurabi](https://youtube.com/libreriahammurabi)

Producción integral



concept design

de **Fernando Lucas Depalma**

Tel.: 4382-2080 — líneas rotativas —

Esta edición se terminó de imprimir

en el mes de agosto de 2015

en «**Docuprint S.A.**»

Tacuarí 123, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723

Derechos reservados

Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

**ISBN: 978-950-741-715-3** (rústica)

1132942

---

Ángel Gabriel Nardiello

• **Derecho penal. Parte general**

1ª edición, Buenos Aires, **Hammurabi**, 2015

586 ps., 23 x 16 cm.

ISBN: 978-950-741-715-3

1. Derecho Penal. I. Título

CDD 345

• Fecha de catalogación: 7/8/2015

## • Índice general

<b>Palabras previas</b> .....	11
 <b>Capítulo I</b>	
<b>LA CONDUCTA HUMANA JURIDICAMENTE RELEVANTE.</b>	
<b>LA TEORIA DE LA ACCION</b>	
§ 1. Necesidad de la conceptualización .....	25
§ 2. Evolución del concepto y estructura de la acción .....	26
a) Estructura y marco teórico preclásico de la acción .....	26
1. Principales formulaciones del concepto de acción. Teoría causal-naturalista .....	29
2. Estructura y marco teórico causal-valorativo: neokantismo .....	34
b) Estructura y marco teórico en la teoría finalista de la acción .....	36
c) La denominada teoría social de acción .....	40
d) La acción en el marco teórico contemporáneo .....	44
1. Concepto negativo de acción .....	44
2. El concepto funcional-social de acción .....	47
3. El funcionalismo y el concepto de acción .....	47
4. Teoría personal de acción .....	50
5. Teoría de la evitabilidad individual .....	53
6. Teoría cognitiva de acción .....	57
7. Teoría adscriptiva de acción .....	59
e) Nuestra percepción .....	59
§ 3. La denominada ausencia o falta de acción .....	60
— Causas que excluyen la acción .....	60
1. Fuerza física irresistible ( <i>vis absoluta</i> ) .....	60
2. Movimientos reflejos .....	61
3. Estados absolutos de inconsciencia .....	61
— <i>Adendum</i>	
1. Problemática de los comportamientos automatizados .....	62

2. Importancia de la distinción .....	63
3. Orden jerárquico .....	64
4. La acción penal en las personas .....	64
<b>• Casos y análisis</b>	
1. La mosca traviesa .....	71
2. La maldita costilla .....	72

## Capítulo II

### EL TIPO OBJETIVO Y SU IMPUTACION

§ 4. El tipo penal y la tipicidad .....	76
a) Evolución de la teoría del tipo .....	77
b) Tipo y tipicidad .....	79
§ 5. Especies de tipo .....	80
a) De resultado (lesión y peligro) y de actividad .....	80
b) Tipos de garantía y tipos sistemáticos .....	82
c) Tipos abiertos y cerrados .....	83
d) Tipo de un acto o de varios actos .....	84
e) Tipo de autor y tipo de acto .....	84
f) Por su autonomía: tipos básicos y dependientes .....	84
g) Por la exigencia para ser autor: tipos comunes y especiales .....	85
h) En función del número de bienes jurídicos protegidos: tipos simples y compuestos .....	85
i) Ley penal «en blanco» .....	86
§ 6. Elementos y contenido del tipo .....	86
a) Elementos del tipo penal .....	86
b) Contenido del tipo .....	87
1. Los bienes jurídicos .....	87
2. Los sujetos .....	90
3. Las referencias .....	91
§ 7. Aspectos objetivo y subjetivo del tipo .....	91
— <i>Adendum</i>	
1. Tipicidad penal: tipicidad legal más tipicidad conglobante .....	93
2. Atipicidad conglobante y justificación .....	94
3. Antinormatividad y antijuridicidad .....	95
§ 8. El tipo objetivo en el delito comisivo .....	95
a) Justificación de la dogmática entre la relación de acción y resultado .....	96
1. La teoría de la equivalencia de las acciones .....	100
— Críticas .....	102
2. La teoría de la condición adecuada .....	103
— Críticas .....	104
3. La teoría de la relevancia .....	105

b)	Posturas en torno a las teorías de la causalidad .....	106
—	<i>Adendum</i>	
1.	Casos de causalidad alternativa .....	107
2.	Casos de causalidad acumulativa .....	108
3.	Los cursos causales atípicos .....	108
4.	Casos de causalidad hipotética .....	109
5.	La causalidad interrumpida .....	109
§ 9.	Los criterios normativos de imputación al tipo objetivo. Fundamentos teóricos .....	111
§ 10.	El riesgo permitido como contención funcional de atribución del resultado .....	113
a)	El riesgo permitido .....	113
b)	Los roles .....	117
c)	Riesgo no permitido .....	119
d)	El principio de confianza .....	120
e)	La prohibición de regreso .....	122
f)	La competencia de la víctima en el derecho penal .....	124
g)	Los filtros de la imputación al tipo objetivo .....	126
—	<i>Adendum</i>	
La teoría de la adecuación social .....		131
§ 11.	El tipo objetivo en la omisión. La omisión como forma del comportamiento humano. Hacer o no hacer, ésa es la cuestión .....	137
a)	Criterios de distinción .....	143
b)	Acción esperada .....	147
c)	Variantes en el actuar humano .....	149
§ 12.	Las clases de omisión .....	153
a)	La omisión propia .....	154
b)	La omisión impropia .....	155
1.	La teoría del nexo causal .....	159
2.	La teoría formalista: el deber jurídico .....	160
3.	La teoría del deber de garante .....	161
4.	La teoría funcional de la posición de garante .....	162
c)	La posición de garante. Sus fuentes y funciones .....	163
1.	La ley .....	165
2.	La fundamentación de la posición de garante en la ley .....	166
3.	Fundamentación por libre acepción o en comunidades de vida y de peligro .....	167
d)	Los deberes de garante deducidos en una estrecha relación vital .....	168
1.	Deberes de regulación legal de determinadas profesiones .....	169
2.	Deberes de garante deducidos de la asunción voluntaria específica .....	169
3.	Deberes de vigilancia de una fuente de peligro .....	169
•	<b>Casos y análisis</b>	
1.	El remador .....	172
2.	La pisada .....	173

**Capítulo III****EL TIPO SUBJETIVO Y SU IMPUTACION**

§ 13.	Ubicación sistemática del dolo	177
§ 14.	Conceptualización y caracteres del tipo subjetivo doloso de comisión	180
§ 15.	Alcances y elementos del dolo	183
§ 16.	Variedades de dolo	188
	a) Dolo directo	189
	b) Dolo indirecto	190
	c) Dolo eventual	191
§ 17.	Los denominados «errores de tipo»	202
§ 18.	Paradigmas de la denominada «desviación del curso causal»	206
	a) Error en el golpe o <i>aberratio ictus</i>	208
	b) Error en la persona o <i>error in persona vel in objecto</i>	210
	c) <i>Dolus generalis</i>	211
	— <i>Adendum</i>	
	Casos de consumación anticipada	212
§ 19.	Especiales elementos subjetivos	213
§ 20.	Aspectos subjetivos del delito imprudente	216
§ 21.	Imprudencia inconsciente como paradigma del delito culposo	221
§ 22.	Aspecto subjetivo del delito omisivo	224
§ 23.	Omisiones culposas	227
	• <b>Casos y análisis</b>	
1.	Las correas de cuero	228
2.	El sicario fracasado	230

**Capítulo IV****LA ANTIJURIDICIDAD Y LA PRESENCIA  
DE LA NORMA PERMISIVA**

§ 24.	Sistematización de la justificación	235
§ 25.	Orden normativo y orden jurídico	238
§ 26.	Antijuridicidad formal y material	241
§ 27.	Antijuridicidad formal y equidad	245
§ 28.	Antijuridicidad y unidad del orden jurídico	246
§ 29.	Elementos subjetivos de la antijuridicidad y antijuridicidad objetiva	248
§ 30.	Las causas de justificación en particular	254
	a) Legítima defensa	254
	1. Fundamento	254
	2. Exigencias	257
	I. Agresión ilegítima (e inminente)	257
	II. Necesidad racional en el medio empleado para impedirla o repelerla (racionalidad)	260
	— Bienes defendibles	262

III. Falta de provocación suficiente .....	264
IV. Presunción <i>juris tantum</i> .....	265
V. Defensa de terceros .....	266
b) Estado de necesidad justificante .....	266
— Exigencias .....	267
I. La necesidad o conflicto de males .....	267
II. Ponderación y jerarquización de males .....	268
III. Inminencia y ajenidad del mal que se pretende evitar .....	270
• <b>Casos y análisis</b>	
1. El sordo .....	272
2. El diarero .....	273

## Capítulo V

### ATRIBUIBILIDAD O RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

§ 31. Preliminares .....	278
§ 32. «Haciendo historia desde el presente» .....	279
§ 33. Posiciones halladas y desencontradas con la atribuibilidad .....	284
a) La teoría del espacio libre del derecho .....	284
b) La teoría unitaria en el estado de necesidad .....	285
c) La teoría de las causas de exclusión del injusto penal .....	288
§ 34. Fundamento y ubicación dogmática .....	292
§ 35. Respondiendo a posiciones críticas .....	294
§ 36. Contenido y consecuencias prácticas .....	298
§ 37. Supuestos comprendidos en la responsabilidad por el hecho .....	301
a) Estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía ..	301
b) Miedo insuperable o amenazas coactivas .....	302
§ 38. Objetividad o subjetividad .....	303
§ 39. Casos especiales .....	304
a) El exceso en el ejercicio de una causa de justificación o error sobre las circunstancias objetivas que excluyen la atribuibilidad .....	304
b) Los errores sobre las condiciones objetivas de las causas que excluyen la atribuibilidad .....	304
• <b>Casos y análisis</b>	
1. Amigos son los amigos .....	306
2. Los cheques voladores .....	307

## Capítulo VI

### CULPABILIDAD O IMPUTACION SUBJETIVA POR EL HECHO

§ 40. Introducción .....	311
--------------------------	-----

§ 41.	Génesis y evolución del principio de culpabilidad .....	314
a)	Perspectivas utilitarias de la culpabilidad .....	316
1.	Causalismo y neocausalismo .....	316
2.	Finalismo .....	317
3.	Funcionalismo .....	318
b)	Vulnerabilidad como indicador de culpabilidad .....	319
	— <i>Adendum</i>	
	Selectividad y vulnerabilidad .....	320
c)	La culpabilidad como filtro en la teoría del hecho punible .....	322
§ 42.	La culpabilidad como reproche .....	322
a)	El juicio de reprochabilidad basado en la existencia de asequibilidad normativa .....	325
b)	Juicio de reprochabilidad basado en la efectiva capacidad individual de las personas para responder a dictados de las normas .....	327
c)	Juicio de reprochabilidad por falta de fidelidad al ordenamiento jurídico .....	329
d)	Juicio de reprochabilidad basado en la evitabilidad .....	330
§ 43.	Capacidad de culpabilidad e imputabilidad .....	330
a)	Imputabilidad .....	331
b)	Métodos para evaluar la imputabilidad .....	331
§ 44.	Motivos de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad .....	332
a)	Imposibilidad del entendimiento o del conocimiento de la desaprobación de la norma .....	335
1.	Imposibilidad basada en insuficiencia de facultades mentales .....	335
I.	Las oligofrenias .....	336
II.	La ira .....	336
III.	Las intoxicaciones .....	337
IV.	La epilepsia .....	337
2.	Imposibilidad basada en las llamadas alteraciones morbosas .....	339
I.	Alteraciones morbosas de facultades mentales .....	339
I.1.	Psicosis .....	340
I.2.	Neurosis .....	341
I.3.	Psicopatía .....	342
II.	Trastornos de la conciencia .....	342
b)	Imposibilidad basada en razones de política criminal (minoridad) .....	343
c)	Consecuencias .....	346
d)	Efectos .....	346
e)	El error de prohibición .....	347
1.	Antecedentes .....	347
2.	Teoría del error .....	349
I.	El error en la teoría causal .....	349
II.	El error en la teoría final .....	351
III.	El error en el funcionalismo .....	355



III.1.	Funcionalismo teleológico moderado. Posición de Claus Roxin .....	357
III.2.	Funcionalismo sistémico sociológico. Posición de Günther Jakobs .....	358
f)	El error de prohibición en nuestro Código Penal .....	359
§ 45.	La temporalidad en la inculpabilidad. La denominada <i>actio libera in causa</i> .....	362
a)	Introducción .....	362
b)	Antecedentes .....	363
c)	La postura de los clásicos .....	364
d)	Desarrollo actual .....	365
	— <i>Adendum</i>	
1.	La culpabilidad como elemento de la réplica punitiva .....	366
2.	Motivos utilitarios de la pena .....	368
a.	La necesidad de pena en Roxin: una cuestión de política criminal .....	368
b.	La función preventiva y reparadora de la pena en Jakobs ..	369
§ 46.	La punibilidad .....	374
a)	Las excusas absolutorias .....	375
1.	Antecedentes .....	375
2.	Concepto y características .....	376
3.	Naturaleza jurídica .....	377
4.	Efectos .....	377
5.	Los errores sobre las excusas absolutorias .....	378
b)	Las condiciones objetivas de punibilidad .....	378
§ 47.	Impacto de la culpabilidad en la determinación judicial de la pena .....	379
—	Determinación judicial de la pena propiamente dicha .....	382
	• <i>Casos y análisis</i>	
1.	La yerba y no para el mate .....	385
2.	El confundido .....	386

## Capítulo VII

### LAS ETAPAS DEL INJUSTO.

#### TENTATIVA Y ADELANTO DE LA PUNIBILIDAD

§ 48.	Fundamento del castigo de la tentativa .....	391
§ 49.	Significado y elementos .....	397
§ 50.	Etapas .....	399
§ 51.	Tipicidad objetiva de la tentativa .....	402
§ 52.	Tipicidad subjetiva de la tentativa .....	406
§ 53.	Tentativas inidóneas, aparentes y delito imposible .....	408

§ 54.	Tentativa acabada y tentativa inacabada .....	411
§ 55.	Casos específicos de tentativa .....	414
§ 56.	Tentativa y tipo omisivo .....	415
§ 57.	El desistimiento voluntario .....	416
§ 58.	Penalidad de la tentativa y del delito imposible .....	421
 • <i>Casos y análisis</i>		
1.	Héroe por un día .....	423
2.	Emulando a Yiya .....	424

### Capítulo VIII

#### **TEORIA DE LA AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL INJUSTO CULPABLE**

§ 59.	Teoría de la autoría en el injusto culpable .....	428
a)	Consideraciones generales .....	428
b)	Teorías .....	430
1.	Teoría unitaria de autor o «autor único» .....	430
2.	Teoría subjetiva .....	432
3.	Teoría formal-objetiva .....	435
4.	Teoría material-objetiva .....	436
5.	Teoría del dominio del hecho .....	437
I.	Formas o clases de autoría .....	442
I.1.	Autoría directa o individual o inmediata .....	442
I.2.	Autoría concomitante o paralela .....	443
I.3.	Autoría mediata .....	444
II.	Casos de exclusión o inclusión de la teoría de la autoría mediata .....	447
II.1.	Casos de falta de acción .....	447
II.2.	Instrumento que actúa sin dolo .....	447
II.3.	Instrumento que actúa atípicamente desde el plano objetivo .....	448
II.4.	Instrumento que actúa amparado en una causa de justificación .....	448
II.5.	Instrumento que obra sin libertad o coaccionado .....	449
II.6.	Instrumento que actúa sin culpabilidad .....	450
II.7.	Instrumento que actúa dentro de un aparato de poder organizado .....	452
6.	Teoría de la coautoría en el injusto culpable .....	455
§ 60.	Teoría de la participación criminal en el injusto culpable .....	460
a)	Consideraciones generales .....	460
b)	Accesoriedad de la participación .....	465
1.	Participación dolosa en un hecho doloso .....	466
2.	Grado de dependencia de realización del hecho principal .....	468

3. Grado de realización del hecho .....	469
4. Relevancia de la realización del delito con la figura legal de encubrimiento .....	471
c) Formas de participación .....	473
1. Instigación .....	473
— <i>Adendum</i>	
El agente provocador ( <i>agent provocateur</i> ) .....	476
2. Complicidad o participación primaria o necesaria .....	480
3. Complicidad o participación secundaria o no necesaria .....	483
4. Exceso del autor y su relevancia en la pena a aplicar al partícipe .....	485
5. Comunicabilidad de las circunstancias personales .....	486
• <i>Casos y análisis</i>	
— Casi como a Mirtha .....	489

## Capítulo IX

### TEORIA CONCURSAL. LA DENOMINADA UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

§ 61. La consecuencia jurídica del delito .....	496
§ 62. Unidad de conducta .....	498
a) Forma de concurrencia de las normas .....	500
1. Modalidades de concurso aparente .....	500
2. Formas concursales .....	505
I. El concurso ideal .....	505
II. Concurso real .....	508
III. Delito continuado .....	510
b) Límite al <i>quantum</i> punitivo concursal .....	512

## Capítulo X

### TEORIA DE LA VALIDEZ TEMPORO ESPACIAL DE LA LEY PENAL

§ 63. Teoría de la validez temporal de la ley penal .....	518
— Excepciones al principio fundamental .....	520
1. Retroactividad de la ley más favorable .....	520
2. Excepción al principio de aplicación de la ley más benigna .....	523
3. Criterios de benignidad .....	524
§ 64. Validez espacial de la ley penal .....	525
a) Principio de territorialidad (aplicación de la ley penal en el territorio del Estado) .....	526

b) Aplicación extraterritorial de la ley penal argentina .....	528
1. Principio de nacionalidad .....	528
2. Principio real o de defensa .....	528
3. Principio universal o de justicia universal .....	529
• <i>Casos y análisis</i>	
— Apócrifa S.A. ....	530

## Apéndice

### CASOS PRACTICOS

#### A — Casos resueltos

1. El chistoso .....	533
2. Bwana <i>live</i> .....	534
3. El fiestero .....	535
4. La llave maestra .....	535
5. El hombre verde .....	537
6. El golpecito .....	538
7. El militante .....	540
8. «La doce» .....	541
9. El pebete judicial .....	542
10. Códigos de barrio .....	543
11. Mi cuñada ... ..	544
12. Lo que mata es la presión ... ..	544
13. «Old Smuggler» .....	546
14. El celoso .....	546
15. El heredero .....	547
16. El guardarropas .....	548
17. El peatón .....	548
18. La bruja .....	549
19. Hay que poner un poco más de ... ..	549
20. En Jamaica «no problem» .....	550
21. La conciencia .....	551
22. El tío Lucas .....	552
23. Cuidado con la comida .....	552
24. La avalancha .....	553
25. El desvío fatal .....	554
26. El acantilado .....	554
27. El «bobina» .....	555
28. «Havana Club» .....	556
29. Alto voltaje .....	557
30. La silla eléctrica .....	558
31. «El Club de la Pelea» .....	558
32. «La TV Ataca» .....	559
33. El revolucionario .....	559
34. El motoquero .....	561
35. El bebedor .....	561
36. El caso de la pistola .....	562

*B — Casos para resolver*

1. Cazador cazado .....	562
2. Donde pone el ojo ... ..	562
3. El héroe .....	562
4. ¡Qué suerte para la desgracia! .....	563
5. El odiado .....	563
6. ¡Qué imaginación! .....	563
7. Cuidado con la picazón .....	563
8. No hay peor ciego que ... ..	564
9. Los bonaerenses .....	564
10. Viva María .....	564
11. La noticia nefasta .....	564
12. Otra de sicarios .....	564
13. Mi mamá me mima .....	565
14. Cuando pase el temblor .....	565
15. Una masa ... ..	565
16. Cuidado con el can .....	565
17. Jaque al jeque .....	565
18. ¡Qué trío! .....	565
19. Graduados .....	566
20. Llaman a los bomberos .....	566
21. Mi destino .....	566
22. El ascensor .....	566
23. Un padre que da consejos más que padre es ... ..	567
24. Lo último que se pierde es ... ..	567
25. «Matrimonios y algo más» .....	567
26. El yuppie .....	568
27. El médico .....	568
28. Cuando pase el temblor II .....	568
29. 220 W .....	568
30. Un humor de perros .....	568
31. La mudanza .....	568
32. Yuyo para el amor .....	569
33. La salidera .....	569
34. Cuidado con la izquierda .....	569
35. La bicicleta .....	569
36. La bocina .....	570
37. La llamada mortal .....	570
38. Nerds eran los de antes .....	570
39. El linchamiento .....	570
40. La autopista .....	570
41. ¡Esa es mi mujer! .....	571
42. Dealer .....	571
43. El cetol .....	571
44. HIV .....	571
45. Las plumas .....	571
46. Tequila .....	572
47. «Jackass» .....	572
48. El tiro por la culata .....	572
49. La velocidad .....	572

50. La mochilera .....	572
51. «Qué par de pájaros los dos» .....	573
52. Se hizo la luz .....	573
53. «Mama mía» .....	573
54. Dos virus y una muerte .....	573
55. En boca cerrada ... ..	573
56. La carrera de la muerte .....	574
57. El paracaidista .....	574
58. El caso «Witting» (BGH 32, p. 367 y ss.) .....	574
59. La huida .....	574
60. Con líquido y sin frenos .....	575
61. El piquete asesino .....	575
62. Adios gigoló .....	575
63. La bala .....	575
64. La bandera y el guardavidas .....	575
 <i>Bibliografía general</i> .....	 577